

Conférence n°10 : L'internationalisation du règlement des différends

Le cas du droit des investissements

Documents

1. CPJI, Arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, (Exception d'incompétence), Série A, n° 2, p.12 (extraits)
2. CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), Opinion individuelle de M. Padilla Nervo, *Rec.* 1970, pp. 244-247, 249 (extraits)
3. C. LEBEN, « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302 (2003), pp. 218-219, 370 (extraits)
4. Convention CIRDI du 14 octobre 1966 – Préambule, Article 26, Article 27, Article 71, Article 72
5. Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 3 mars 1993 (extraits)
6. Accord de libre échange nord américain, 1^{er} janvier 1994 (extraits)
7. Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, 2004 (extraits)
8. Agreement between Canada and [...] for the promotion and protection of investments, 2004 (extraits)
9. Sentence *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*. 17 février 2000, Affaire CIRDI N° ARB/96/1, (extraits)

Bibliographie

- A. BROCHES, « L'évolution du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 323-337.
- A. ALVAREZ-JIMENEZ, « The Methanex Final Award – An Analysis from the Perspectives of Environmental Regulatory Authorities and Foreign Investor », *Journal of International Arbitration*, 2006, pp. 527-534.
- G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 1-37.
- R. DOLZER, C. SCHREUR, *Principles of international investment law*, Oxford, OUP, 2008, 433 p.
- J. FOURET, « Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? », *Journal of International Arbitration*, 2008, pp. 71-87.
- C. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre*, Paris, Pedone, 1999, pp. 7-32 ; « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, LGDJ 2006, pp. 163-183.
- S. MANCIAUX, « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2007, pp. 351-356.
- A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation on International Law », *ICSID Review – Foreign Investment Law journal*, 2005, vol. 20, p. 1.
- O.C.D.E., « L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement », Document de travail sur l'investissement international, n°2004/4, Septembre 2004. Disponible à l'adresse internet : <http://www.oecd.org/dataoecd/12/1/34335429.pdf>.
- J. PAULSSON, « Arbitration without Privity », *ICSID Review – Foreign Investment Law journal*, 1995, pp. 232-257.
- B. STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux. De la Barcelona Traction à Electronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI*, 1990, pp. 897-948 ; « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle*, Mélanges Philippe Kahn, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS et Litec, 2000, pp. 223-244.
- T. WAELE, A. KOLO, « Environmental regulation, investment protection and regulatory taking in international law », *ICLQ*, 2001, pp. 811-848.
- W. MOG-CHOI, « The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm », *Journal of International Economic Law*, 2007, pp. 725-747.

Ordre du jour

- Protection diplomatique ; arbitrage Etat/investisseur ; CIRDI ; traité de protection des investissements.
- L'internationalisation du règlement des différends en matière de droit des investissements.

Exposés

- Le jugement des Etats parties *sur* le CIRDI : entre satisfaction et dénonciation.
- Protection de l'investisseur et protection de l'environnement : la liberté normative de l'Etat hôte est-elle remise en cause ?

1) CPJI, Arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (extraits)

L'article 26 du Mandat ne se contente pas, en effet, d'exiger, pour attribuer juridiction à la Cour permanente de Justice internationale, qu'elle se trouve en présence d'un différend à résoudre. Il faut encore que ce différend existe entre la Puissance mandataire et un autre Membre de la Société des Nations. Tel est incontestablement le cas dans le litige actuel, puisque l'État demandeur, la Grèce, a fait dès le premier jour, ainsi que la Grande-Bretagne, partie de la Société des Nations. C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.

Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre États. Du moment qu'un État prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul État. La Grande-Bretagne et la Grèce sont en face l'une de l'autre dans le différend auquel ont donné lieu les concessions Mavrommatis ; cela suffit ; c'est un différend entre deux États, au sens de l'article 26 du Mandat pour la Palestine.

2) Opinion individuelle de M. PADILLA NERVO, CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (extraits)

le principe qui admet la capacité d'un Etat à intervenir, par voie de protection diplomatique, en faveur d'une société ayant sa nationalité, s'est révélé constituer une garantie ou une assurance juste et équilibrée, aussi bien pour l'investisseur que pour l'Etat où les sociétés étrangères déploient leur activité. Ce système, dont les effets sont bien connus, ne cause pas de surprises et il établit un ordre juridique qui, jusqu'ici, s'est montré généralement adéquat et satisfaisant. [...]

L'histoire de la responsabilité des Etats, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées. [...]

Ce ne sont pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui ont besoin de protection diplomatique; ce sont plutôt les Etats pauvres ou faibles où les capitaux sont investis qui ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité, alors même que ces derniers sont juridiquement tenus de partager les risques de leur société et de suivre son sort, et que ces actionnaires ne sont pas ou n'ont jamais été sous la juridiction limitée de l'Etat de résidence, qui est accusé d'avoir violé à leur encontre certains droits fondamentaux relatifs au traitement des étrangers.»

3) C. LEBEN, « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements » (extraits)

Certes dès le XIXe siècle des flux d'investissements commencent à apparaître, mais de faible importance. Et surtout, d'un point de vue juridique, la défense internationale des investisseurs se fait exclusivement par le biais de la protection diplomatique. On sait que par cette procédure l'Etat national de l'investisseur prend fait et cause pour son national et demande réparation, à l'Etat d'accueil, pour le fait internationalement illicite subi par ce national. [...]

La protection diplomatique, cependant, est une voie peu satisfaisante d'aide aux investissements internationaux, pour plusieurs raisons. La première est qu'elle suppose au préalable l'épuisement des voies de recours internes, la deuxième est que l'Etat national n'est jamais obligé de l'exercer, et, enfin, que le litige entre les deux Etats n'est pas exactement le litige qui oppose l'investisseur à l'Etat d'accueil mais un litige autonome entre l'Etat national et l'Etat d'accueil. Il n'empêche que si l'on examine les grands recueils d'arbitrage du XIXe siècle et du début du XXe on voit qu'il existe un grand nombre de sentences qui portent sur des litiges concernant des investissements, mais ces litiges sont tranchés par un arbitrage interétatique, Etat national de l'investisseur contre Etat d'accueil de l'investissement, à la suite d'un mécanisme de protection diplomatique.

Le phénomène qui va apparaître, d'abord de façon exceptionnelle dès le XIXe siècle, et ensuite de façon de plus en plus importante est l'arbitrage mixte ou transnational qui oppose directement l'investisseur à l'Etat d'accueil accusé de ne pas respecter ses obligations. [...]

Par la suite les investisseurs vont faire introduire dans les contrats qu'ils concluent avec les Etats d'accueil (dans le domaine minier il s'agit le plus souvent de concessions) des clauses compromissaires qui leur permettront d'attirer, en cas de litige, leur partenaire étatique devant des tribunaux arbitraux. Ainsi se trouvaient corrigés les défauts de la protection diplomatique : l'investisseur n'est plus nécessairement obligé d'épuiser les voies de recours internes, il ne dépend plus du bon vouloir de son Etat national pour faire régler le litige, et c'est bien son

litige avec l'Etat d'accueil qui sera porté devant les arbitres. [...]

Une autre conséquence de la multiplication des traités de protection des investissements est la confirmation de la place du CIRDI dans le droit international des investissements. Certes, les dispositions prévoyant l'arbitrage dans les traités bilatéraux, ou multilatéraux, comportent la possibilité de saisir non seulement le CIRDI mais aussi d'autres institutions d'arbitrage (CNUDCI, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, etc.). Dans la pratique, cependant, la place du CIRDI devient de plus en plus prépondérante. Ainsi sur les quelque mille cinq cents traités bilatéraux sur les investissements existant début 1998, neuf cents renvoyaient à l'arbitrage du Centre en cas de litige.

4) Convention CIRDI du 14 octobre 1966 (extraits)

Les Etats contractants

Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ;

Ayant présent à l'esprit que des différends peuvent surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants ;

Reconnaissant que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas ;

Attachant une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends ;

Désirant établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ;

Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée ; et

Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier,

Sont convenus de ce qui suit :

Article 26

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

Article 27

(1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.

Article 71

Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au depositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.

Article 72

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le depositaire.

5) Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 3 mars 1993 (extraits)

Article 8

1. Tout différend relatif aux investissements, au sens du présent Accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si le différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties concernées, il est soumis, à la demande de l'investisseur :

- soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans le différend
- soit à l'arbitrage international, dans les conditions décrites au paragraphe 3 ci-dessous.

Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures reste définitif. [...]

3. En cas de recours à l'arbitrage international, le différend peut être porté devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur :

- au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), créé par la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965, lorsque chaque Etat partie au présent accord aura adhéré à celle-ci. Aussi longtemps que cette condition n'est pas remplie, chacune des Parties contractantes consent à ce que le différend soit soumis à l'arbitrage conformément au règlement du mécanisme complémentaire du C.I.R.D.I. ;

- à un tribunal d'arbitrage *ad hoc*, établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.). [...]

5. Les sentences arbitrales sont définitives et obligatoires à l'égard des Parties au différend.

6) Accord de libre échange nord-américain du 1^{er} janvier 1994 (extraits)

Article 1110

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment

("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

Article 1114

Nothing in this Chapter [11] shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

7) Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, 2004 (extraits)

Article 6: Expropriation and Compensation

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment] through.

Article 6 shall be interpreted in accordance with Annexes A and B.

Annex B

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

- (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

- (iii) the character of the government action.

(b) except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

8) Agreement between Canada and [...] for the promotion and protection of investments, 2004 (extraits)

Article 10.1

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing

measures necessary: (a) to protect human, animal or plant life or health [...]

9) Sentence, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (extraits)

Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.